

N. 02183/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01657/2012 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1657 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Lofthouse Real Estate S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Fossati e Cristina Ciarcià, con domicilio eletto presso Alberto Fossati in Milano, C.so di Porta Vittoria, 28;

contro

- Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv. Maria Rita Surano, Antonello Mandarano e Maria Giulia Schiavelli, domiciliato in Milano, via Andreani, 10;

per l'annullamento

> quanto al ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 22 maggio 2012, notificato il 01 giugno 2012, con cui il Comune di Milano ha diffidato la ricorrente dall'eseguire i lavori di cui alla pratica edilizia n. 13365/2011 e successiva variante;

> quanto ai motivi aggiunti depositati il 10.12.2012:

- del provvedimento del 9.11.2012, recante l'annullamento dei titoli edilizi formatisi con dia n. 13365/2011 e successiva variante n. 1200/2012;

> quanto ai motivi aggiunti depositati il 17.01.2013:

- del provvedimento del 20.12.2012, recante l'integrazione del provvedimento di annullamento dei titoli edilizi formatisi con dia n. 13365/2011 e successiva variante n. 1200/2012, per intervento edilizio in Via Anfossi n.14.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2013 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Lofthouse Real Estate a r.l. (da ora anche solo la società) ha presentato in Comune di Milano, in data 4.11.2011, la denuncia di inizio attività (dia) n. 13365/2011, per un intervento di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione, con diversa sagoma, di un edificio a destinazione produttivo-artigianale di sua proprietà, sito in Milano, Via Anfossi n.14.

In seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 309 del 23.11.2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 27, co. 1, lett. d) della legge regionale n.12/2005 (nella parte in cui esclude il rispetto del limite della sagoma per gli interventi di ristrutturazione

edilizia), il Comune di Milano ha avviato il procedimento per l'annullamento in autotutela della citata dia n. 13365, invitando al contempo la società a non iniziare i relativi lavori .

A fronte di ciò, la società ha presentato in data 8.02.2012 una nuova dia, n.1200/2012, in variante dell'originaria dia n. 13365/2011, e recante la modifica della qualificazione giuridica dell'intervento, dichiarato in conformità dell'art. 5, co. 9-13 del d.l. n. 70/2011, convertito in legge dalla legge n. 106/2011.

Sennonché, in data 01.06.2012 il Comune ha notificato alla società la comunicazione di avvio del procedimento datata 22.05.2012, volta all'annullamento delle citate dd.i.a., poiché in contrasto con gli artt. 27 e 28 del regolamento edilizio comunale (RE), e contestuale diffida dall'intraprendere i relativi lavori; ciò, in quanto l'edificazione in progetto, da realizzare all'interno del cortile dello stabile di Via Anfossi n.14 non potrebbe essere intesa quale edificazione in aderenza ad altra costruzione o a muro di fabbrica.

Con l'odierno ricorso, notificato il 27.06.2012 e depositato il successivo 28.06.2012, la società ha impugnato l'atto da ultimo specificato, contestandone la legittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 28 RE, in relazione agli artt. 873, 875 e 877 c.c.; eccesso di potere per travisamento dei presupposti e difetto di istruttoria e di motivazione.

Si è costituito il Comune di Milano, controdeducendo con separata memoria alle censure avversarie.

Con ordinanza n. 1130 del 31.07.2012 è stata respinta la formulata domanda cautelare per difetto di periculum in mora.

Con motivi aggiunti, notificati il 4.12.2012 e depositati il successivo 10.12.2012, l'impugnazione è stata estesa al provvedimento di

annullamento della dia n. 13365/2011 e successiva variante, datato 6.11.2012.

Le censure da ultimo articolate fanno leva sia su vizi propri del provvedimento di annullamento, che su vizi derivanti dall'atto impugnato col ricorso introduttivo.

Con provvedimento datato 18.12.2012, successivamente depositato in atti dalla difesa comunale, la resistente ha integrato la motivazione degli atti sin qui impugnati, esplicitando l'interesse pubblico sotteso all'annullamento della dia e relativa variante.

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificati il 14.01.2013 e depositati il successivo 17.01.2013, la ricorrente ha esteso l'impugnazione al predetto provvedimento del 18.12.2012, deducendone l'illegittimità sotto plurimi profili.

Ha resistito il Comune con memoria, cui la ricorrente ha replicato.

All'udienza pubblica del 3.04.2013 la causa, sentite le parti, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

- 1) Preliminarmente, il Collegio deve soffermarsi sull'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per difetto di interesse, sollevata da parte resistente sul presupposto che l'impugnazione verterebbe su di un atto endoprocedimentale, non autonomamente lesivo della sfera giuridica della ricorrente.
- 2) L'eccezione merita di essere parzialmente condivisa.
- 3) Al riguardo, il Collegio osserva come l'atto impugnato rechi al contempo sia una comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela di dd.i.a., che una diffida dall'iniziare i lavori in esse dichiarati.
- 4) È indubbio che, sotto il primo aspetto, l'atto si riveli del tutto privo

di autonoma lesività, assumendo carattere endoprocedimentale; mentre, per la parte restante, è altrettanto evidente come l'atto si presenti autonomamente lesivo, disponendo l'inibitoria dei lavori oggetto della dia n.13365/2011 e successiva variante.

5) Si potrebbe, con specifico riguardo a quest'ultimo profilo, discutere della sopravvenuta carenza di interesse ad ottenere l'annullamento della diffida, una volta scaduto (dopo l'interposizione dell'odierno gravame) il termine di 45 giorni di efficacia dell'inibitoria, di cui all'art. 27, co. 3 d.P.R. n. 380/2001 (evenienza di cui la Sezione ha già dato atto, nell'ordinanza di rigetto dell'invocata misura cautelare, citata in fatto).

6) Sennonché, avendo la ricorrente manifestato il proprio interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai fini risarcitori (cfr. il primo atto di motivi aggiunti, depositato il 10.12.2012, recante – in via subordinata alla domanda di accertamento della legittimità delle dd.i.a. – la domanda di risarcimento del danno da ritardato inizio dei lavori), il Collegio non può esimersi dall'esaminare l'unico motivo articolato nel ricorso introduttivo, limitatamente alle censure riferibili a detta diffida.

7) Con esso, la società deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 28 del RE in relazione agli artt. 873, 875 e 877 c.c., l'eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto e per difetto di istruttoria e di motivazione; ciò in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dal Comune, se da un lato non sussiste alcuna violazione della distanza di metri 3 dal confine, essendosi qui in presenza di una costruzione in aderenza a muri nudi di fabbricati preesistenti, dall'altro, non è presente neppure un'idonea motivazione a sostegno dell'atto, specie in ordine al profilo dell'interesse pubblico all'annullamento.

Limitando lo scrutinio alle censure riferibili anche alla diffida e, quindi, a quelle che fanno leva sulla violazione della normativa sulle distanze dal

confine, oltre ché sul difetto di istruttoria e di motivazione, preme al Collegio puntualizzare quanto segue.

8) La motivazione esplicitata nella diffida (e contestuale comunicazione di avvio, poi sfociata nel provvedimento conclusivo di annullamento, gravato con il primo atto di motivi aggiunti), si incentra sulla circostanza che “il muro a confine non possa essere inteso come fabbricato”; da ciò l'amministrazione ricava de plano l'inammissibilità dell'edificazione in aderenza, ai sensi dell'art. 27 RE, ovvero, la necessità dell'atto di assenso da parte della proprietà asservita, “mediante atto legalmente trascritto da produrre alla scrivente amministrazione”, ex art. 28 RE.

9) La ricorrente lamenta, tuttavia, la superficialità della motivazione e la carenza di istruttoria che inficia l'atto impugnato, specie a fronte delle argomentazioni profuse dalla stessa ricorrente, sia nella relazione tecnica, che nel parere legale (rispettivamente allegati sub nn. 2 e 10 della produzione di parte ricorrente) prodotti a corredo della dia n.13365/2011.

10) Sul punto, la difesa del Comune ha chiarito in memoria che, nel caso in esame, difetterebbe proprio la pretesa aderenza con riferimento a tre delle quattro proprietà confinanti, atteso che:

- con riferimento al lato ovest del lotto, prospiciente sul cortile dello stabile di via Anfossi n. 12, l'edificio in progetto andrebbe ad aderire ad un semplice muro di cinta, oltre il quale si troverebbe uno spazio a verde caratterizzato da griglie di areazione e da una rampa di accesso carraio al parcheggio interrato;
- tale struttura interrata, prosegue la difesa comunale, non sporgerebbe in maniera percepibile al di sopra del livello del suolo, né, d'altro canto, all'interno del cortile vi sarebbero superfici quotate al livello del suolo tali da far percepire l'esistenza di una costruzione nel cortile;

- a conclusioni analoghe dovrebbe giungersi per il lato di confine a nord, ove l'edificio in progetto non aderirebbe ad altro edificio, essendo ivi collocato solo un elemento architettonico, costituito da una tettoia aperta e travi di collegamento;

- infine, quanto al lato a sud, a confine con il cortile di via Morosini n. 22, la difesa comunale evidenzia come l'edificio aderisca ad un muro che non sovrasta alcun edificio, ma dei posti-auto coperti, che, per natura, consistenza e dimensioni, non avrebbero dignità di fabbricato, ma costituirebbero mere strutture di pertinenza dell'edificio di via Morosini n. 22.

11) Raffrontando la scarna motivazione del provvedimento impugnato con le argomentazioni profuse in sede difensiva dal Comune, appare al Collegio evidente la sussistenza del lamentato difetto di motivazione e di istruttoria riferibile all'atto impugnato.

Ciò, tanto più va ribadito, atteso che, la questione giuridica agitata con l'odierno ricorso non appare risolvibile nel senso auspicato dalla difesa comunale.

12) Secondo quest'ultima, in sostanza, l'edificazione progettata all'interno del cortile dello stabile di via Anfossi n. 14, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, non può essere intesa quale edificazione in aderenza ad altra costruzione o a muro di fabbrica, poiché le costruzioni seminterrate poste in corrispondenza dei confini ad ovest (lato di via Anfossi n.14) e ad est (lato di via Morosini n.22) dell'edificio in progetto non possono essere classificate alla stregua di costruzioni, analogamente alla struttura da realizzarsi sul lato a nord, in corrispondenza di via Anfossi 12, sussumibile fra le tettoie aperte.

Esse rileverebbero, a mente del Comune, alla stregua di semplici muri di cinta, per i quali non può applicarsi la disciplina derogatoria delle

distanze dal confine, su cui fa affidamento la difesa della società.

13) Sul punto, la replica della ricorrente è principalmente affidata al richiamo della giurisprudenza della Suprema Corte, elaborata a proposito della nozione di costruzione. In tal senso, viene rimarcato come quest'ultima nozione non si esaurisca in quella di edificio, ma si estenda a qualsiasi opera non completamente interrata, avente i requisiti della solidità e dell'immobilizzazione rispetto al suolo.

14) Tali essendo le contrapposte posizioni delle parti in causa, il Collegio ritiene utile premettere, onde dirimere la questione giuridica sopra esposta, un breve riepilogo della normativa applicabile al caso di specie.

Va richiamato, in primo luogo, l'art. 873 del codice civile, a proposito delle distanze nelle costruzioni, che così statuisce:

“Le costruzioni su fondi finitimi, se non sono unite o aderenti, devono essere tenute a distanza non minore di tre metri. Nei regolamenti locali può essere stabilita una distanza maggiore”.

Dal canto suo, il regolamento del Comune di Milano, dopo avere ribadito che: “Negli interventi di nuova costruzione la distanza degli edifici dal confine con proprietà di terzi non può essere inferiore a 3 m.”, specifica che: “al di sotto di tale distanza, le costruzioni sono ammesse, a condizione che sia dimostrato l'assenso della proprietà asservita, ...”.

Indi, all'articolo successivo si individuano le ipotesi di deroga alla regola di cui sopra, ammettendosi:

“...l'edificazione in fregio al confine di spazi privati nei casi di: ...

1.3 nuove costruzioni anche in aderenza a muri nudi di fabbricati esistenti;

1.4 nuove costruzioni, anche di maggiore estensione sia orizzontale che

verticale, in aderenza a muri nudi di fabbricati esistenti così da realizzare un corretto inserimento edilizio e ambientale...”.

Sulle costruzioni in aderenza, poi, l'art. 877 c.c. così statuisce:

“Il vicino, senza chiedere la comunione del muro posto sul confine, può costruire sul confine stesso in aderenza, ma senza appoggiare la sua fabbrica a quella preesistente”.

Infine, la nozione di muro di cinta si ricava dall'art. 878 c.c., per il quale: “Il muro di cinta e ogni altro muro isolato che non abbia un'altezza superiore ai tre metri non è considerato per il computo della distanza indicata dall'articolo 873.

Esso, quando è posto sul confine, può essere reso comune anche a scopo d'appoggio, purché non preesista al di là un edificio a distanza inferiore ai tre metri”.

15) Tanto premesso, reputa il Collegio come la tesi del Comune, per cui le costruzioni seminterrate poste ai lati ovest ed est dell'intervento in esame non possono rilevare alla stregua di costruzioni o muri di fabbrica, ai fini della costruzione in aderenza ad esse, non possa essere condivisa.

16) Come correttamente rilevato dall'esponente, ai fini dell'osservanza della norma generale sulle distanze, di cui all'art. 873 cod. civ., la nozione di costruzione avallata dalla Corte di Cassazione non si identifica con quella di edificio, ma si estende a qualsiasi opera non completamente interrata, avente i requisiti della solidità, dell'immobilizzazione rispetto al suolo anche mediante appoggio, incorporazione o collegamento fisso con una preesistente fabbrica, e ciò indipendentemente dal livello di posa e di elevazione, dai caratteri del suo sviluppo aereo, dall'uniformità e continuità della massa e dal materiale impiegato per la sua realizzazione (cfr. così Cass. Sez. II, sent.

n. 10608 del 05-11-1990; analogamente, cfr. Cass. S.U., sent. n. 7067 del 09-06-1992, per cui, ai fini dell'osservanza delle distanze di cui all'art. 873 cod. civ., la nozione di costruzione comprende qualunque opera non completamente interrata avente i requisiti della solidità e dell'immobilizzazione rispetto al suolo; nello stesso senso, cfr. la sentenza della Cass. Sez. II, n. 12489 del 04-12-1995, citata nelle difese di parte ricorrente, ove la S.C. ha annullato la sentenza impugnata che aveva negato il carattere di costruzione, assoggettata al rispetto delle distanze legali, ad un'opera edilizia seminterrata, sporgente dal suolo per un'altezza di cm. 70).

Ne consegue che, sempre al fine della determinazione della distanza prescritta dall'art. 873 cod. civ., possono non essere prese in considerazione soltanto le costruzioni che si sviluppino interamente nel sottosuolo, in guisa da non formare dannose intercapedini con i fabbricati alieni frontistanti (cfr. Cass. Sez. II, sent. n. 2343 del 01-03-1995).

17) Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche al caso di specie, risulta destituita di fondamento la tesi comunale per cui le costruzioni seminterrate poste nei cortili dei lati est ed ovest dell'edificio in progetto non sono rilevanti alla stregua di muri di fabbrica; deve, per contro, essere affermato che, dalle rappresentazioni grafiche versate in atti da parte ricorrente, e non contestate dalla difesa comunale, in entrambi i casi dette costruzioni, sporgendo dalla quota strada in misura non irrilevante (rispettivamente, di m.1,25, quanto all'autorimessa di via Morosini n.22, e m. 0,88 per quella di via Anfossi n.14), ben possono essere qualificate alla stregua di muri di fabbrica, rilevanti ai sensi della normativa derogatoria sopra citata e ai fini della costruzione in aderenza.

18) Da quanto suesposto, consegue la fondatezza del motivo di ricorso

in esame, con specifico riguardo alle censure che fanno leva sul difetto di istruttoria e di motivazione della diffida, oltreché sulla violazione degli articoli sopra citati.

19) Per quanto precede, quindi, il ricorso introduttivo risulta in parte inammissibile, per difetto originario di interesse, quanto alla comunicazione di avvio del procedimento; e, per il resto, improcedibile, quanto alla diffida, per sopravvenuto difetto di interesse. Sussistendo tuttavia l'interesse a fini risarcitori ex art. 34, co. 3 c.p.a., il Collegio accerta l'illegittimità della diffida, secondo quanto sopra meglio specificato.

20) Si può quindi procedere all'esame del primo atto di motivi aggiunti, con cui si contesta il provvedimento conclusivo del procedimento avviato con l'atto in precedenza impugnato e in particolare la legittimità dello stesso sia per vizi propri che per invalidità derivata dall'atto impugnato col ricorso introduttivo.

21) Partendo da quest'ultimo profilo, è agevole rilevare la fondatezza della dedotta illegittimità in via derivata, stante l'esito della pronuncia di accertamento sul ricorso introduttivo, promanante dall'illegittimità della diffida, per ciò che concerne la violazione degli artt. 27 e 28 RE, in relazione agli artt. 873, 875, 877 c.c., nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione.

22) Quanto ai vizi propri dedotti dalla società, essi fanno leva, tra l'altro, sulla violazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241/1990, poiché l'amministrazione, in sede di annullamento, non avrebbe esplicitato le ragioni di interesse pubblico richieste dalla citata norma.

Il motivo appare fondato, non avendo l'amministrazione rappresentato nel provvedimento di annullamento, né le ragioni di interesse pubblico all'annullamento e, neppure, le ragioni della loro preminenza sugli

interessi dei privati destinatari del provvedimento in esame.

23) Al riguardo, non può condividersi la tesi dell'amministrazione per cui il provvedimento del 18.12.2012, sopraggiunto in corso di causa e oggetto d'impugnazione con il secondo atto di motivi aggiunti, avrebbe semplicemente esplicitato le ragioni che erano già ricavabili dal provvedimento di annullamento.

Esso, in verità, contiene un'integrazione della motivazione del provvedimento di annullamento che, tuttavia, anche su tale specifico aspetto, risulta del tutto carente, come già più sopra evidenziato (cfr. sull'impossibilità dell' integrazione postuma della motivazione dell'atto amministrativo, Consiglio di Stato, sez. V, 27.3.2013, n. 1808; T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, Sent., 24-07-2013, n. 1943).

24) Da quanto suesposto consegue che, assorbite le censure non espressamente scrutinate, i motivi aggiunti depositati il 10.12.2012 e il 17.01.2013 risultano fondati, con conseguente annullamento degli atti con essi impugnati.

25) Quanto alla domanda di accertamento del diritto al consolidamento della dia n.1200/2012, reputa il Collegio che la stessa non è necessaria, essendo detto accertamento implicito nell'odierna pronuncia caducatoria, avente ad oggetto il provvedimento di annullamento in autotutela.

26) L'accoglimento della domanda annullatoria determina, altresì, l'assorbimento della domanda risarcitoria formulata in via subordinata.

27) Per le precedenti considerazioni, il Collegio così statuisce sul ricorso e i motivi aggiunti in epigrafe specificati:

- dichiara in parte inammissibile e in parte improcedibile il ricorso introduttivo, accertando, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, co. 3 c.p.a., l'illegittimità della diffida con esso impugnata;

- accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con essi impugnati.

28) Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- dichiara in parte inammissibile e in parte improcedibile il ricorso introduttivo, accertando, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 34, co. 3 c.p.a., l'illegittimità della diffida con esso impugnata;

- accoglie i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla i provvedimenti con essi impugnati.

Pone le spese di lite a carico dell'amministrazione e a favore della ricorrente, liquidandole in euro 2.5000,00, oltre IVA e CPA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Primo Referendario

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/09/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)